

IL CONTROLLO DEL GIUDICE PENALE E DEL
GIUDICE CONTABILE SULLA DISCREZIONALITÀ
AMMINISTRATIVA: LA LEGALITÀ
DELL'ESPERIENZA GIURIDICA CONCRETA *

RIVISTA
DELLA
CORTE DEI CONTI

in disCrimen dal 2.8.2021

Gaetano Viciconte

SOMMARIO 1. Le limitazioni del controllo sulla discrezionalità amministrativa mediante la riformulazione della disciplina del reato di abuso di ufficio e della responsabilità per danno erariale. — 2. Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità. — 3. Il sindacato del giudice penale. — 4. Lo sviamento di potere nella giurisprudenza penale. — 5. Il sindacato del giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa. — 6. Conclusioni.

1. Le limitazioni del controllo sulla discrezionalità amministrativa mediante la riformulazione della disciplina del reato di abuso di ufficio e della responsabilità per danno erariale

Il tema della divaricazione tra *law in the books* e *law in action*¹ nel senso della prevalenza della legalità dell'esperienza giuridica o effettuale trova un fertile terreno di coltura in relazione alla tematica del controllo giudiziale sulla discrezionalità amministrativa, caratterizzata dall'esercizio di un potere di scelta che mira al perseguimento di un interesse pubblico, con il minor sacrificio per l'interesse privato², mediante l'espressione di un giudizio il cui contenuto non si deduce da un parametro predefinito.

Come è stato efficacemente messo in luce, le valutazioni compiute sulla base della discrezionalità amministrativa vertono sull'assetto da dare ad interessi e attengono in concreto alla possibilità di scelta tra alternative di azione e, quindi, la possibilità di scelta attiene all'assunzione o meno di provvedimenti in ordine ad una

* È il testo del contributo pubblicato su *Rivista della Corte dei Conti*, 2021, fasc. 3, pp. 50 ss.

¹ Cfr. F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, in www.archiviodpc.diritto-penaleuomo.org, 13 gennaio 2016.

² B.G. Mattarella, *Discrezionalità amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2006, 1993.

determinata fattispecie³. Diversamente per quanto concerne la discrezionalità tecnica, che costituisce una *species* di quella amministrativa, l'oggetto della valutazione da effettuare attiene alla qualificazione dei fatti, in presenza di una fattispecie indeterminata che suscita incertezza riguardo alla sussistenza dei presupposti per la sua applicazione.

Il perimetro del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa rappresenta un problema irrisolto nel nostro ordinamento, la cui soluzione oscilla tra l'esigenza della pienezza del controllo della legittimità e della legalità dell'attività amministrativa e quella di evitare che il giudice si sostituisca in ambiti riservati alla stessa amministrazione, perché attinenti alle scelte che la legge le assegna di adottare, o all'ambito di opinabilità che di frequente sussiste tra più soluzioni tecniche, tutte logiche e razionali⁴.

Tale problema, seppur con accenti diversi, attraversa tutti i rami dell'ordinamento, coinvolgendo a pieno titolo le giurisdizioni amministrativa, penale e contabile, in termini tendenzialmente analoghi, anche nell'ottica non secondaria dell'esigenza della prevedibilità della decisione giudiziaria, su cui si incentra il dibattito attuale degli effetti prodotti sull'economia dall'andamento del sistema giuridico nazionale.

³ F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità nelle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 313; per la giurisprudenza, v., tra le altre, Tar Toscana, Sez. II, 10 luglio 2017, n. 921, secondo cui “*La discrezionalità tecnica dell'amministrazione si dà in riferimento ai casi in cui l'esame di fatti o situazioni rilevanti per l'azione amministrativa comporta l'utilizzo di cognizioni tecniche specialistiche, la cui applicazione non garantisce un risultato univoco. Questa forma di discrezionalità non implica una comparazione tra l'interesse pubblico e gli interessi secondari ma l'applicazione di scienze tecniche al caso concreto. Anche in questo caso l'amministrazione esercita una scelta, ma la esercita alla luce di una determinata scienza la cui applicazione non porta a risultati univoci. Questo distingue la discrezionalità tecnica dall'accertamento tecnico nel quale, invece, vengono utilizzate scienze esatte che consentono di arrivare ad un risultato univoco, con conseguente emersione non di interessi legittimi ma di diritti soggettivi e devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario. Alla discrezionalità tecnica è quindi consustanziale una facoltà di scelta, diversamente da quanto accade nell'accertamento tecnico. La scelta viene però effettuata alla luce non dei criteri di opportunità e convenienza dell'azione amministrativa, ma di quelli dettati da scienze tecniche specialistiche*”. Nello stesso senso, Tar Emilia-Romagna, Sez. II, 19 aprile 2006, n. 465: “*Diversamente dalla discrezionalità amministrativa, la discrezionalità tecnica non coinvolge scelte di opportunità amministrativa, bensì una valutazione antecedente ad essa che riguarda l'analisi dei fatti e la valutazione degli stessi, ancorché opinabili in base ai criteri scientifici e tecnici utilizzabili, alle conoscenze ed agli strumenti a disposizione. In pratica, la discrezionalità tecnica concerne soltanto gli aspetti di valutazione fattuale, sia pur suscettibili di diversi apprezzamenti, mentre vi difetta totalmente la fase della scelta dell'interesse da perseguire sulla base di canoni di mera opportunità politico-amministrativa*”.

⁴ R. Garofoli, *Il controllo giudiziario amministrativo, penale dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 405.

Il reato di abuso di ufficio e la responsabilità per danno erariale rappresentano istituti emblematici con cui l'attività giudiziaria ha operato una attività di controllo "suppletiva" sull'attività discrezionale, riconducibile al fallimento del c.d. diritto amministrativo dell'efficienza⁵ e alla mancata implementazione di istituti quali la responsabilità dirigenziale, i controlli successivi di gestione⁶, la responsabilità disciplinare⁷.

Questo fenomeno, venuto alla luce nella prospettiva di fornire strumenti di impulso al ciclo economico, ha determinato una dinamica di ridimensionamento da parte del legislatore di tali forme di controllo giudiziale sull'operato dell'amministrazione, con la specifica finalità di arginare il progressivo affermarsi di una amministrazione c.d. difensiva⁸. Tale dinamica è sfociata nell'introduzione della recente disciplina normativa riservata proprio alle semplificazioni⁹, in cui il controllo sulla discrezionalità amministrativa risulta essere recessivo rispetto alle esigenze di semplificazione, alla ricerca di un difficile equilibrio tra legalità ed efficienza.

Mediante tale disciplina il legislatore ha ritenuto di circoscrivere sia le condotte suscettibili di rilevanza penale riconducibili alla fattispecie di abuso di ufficio, attraverso la riformulazione della stessa con l'espunzione della violazione dei regolamenti e dell'attività discrezionale, sia le condotte suscettibili di integrare fattispecie di danno erariale, mediante la temporanea limitazione della perseguibilità del danno erariale a titolo di colpa grave in caso di condotta attiva, nonché la nuova definizione del dolo erariale, in chiave penalistica, come volontà dell'evento¹⁰.

L'obiettivo della semplificazione è divenuto uno dei temi di attualità più pressanti in relazione alla situazione emergenziale in atto. Lo strumento che il legislatore ritiene di dover utilizzare per il raggiungimento di tale obiettivo è la riduzione del controllo giudiziario sull'attività discrezionale, facendo leva sulla riduzione della sfera dell'illecito penale e del danno erariale nello svolgimento

⁵ La definizione è di S. Battini, F. De Carolis, *L'amministrazione si difende*, ivi, 2019, 293.

⁶ In termini analoghi, T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 28 luglio 2020: "Il rilievo cruciale, per chi si occupa di diritto penale, è che il sistema dei controlli amministrativi interni si è da tempo affievolito ed è addirittura scomparso".

⁷ Cfr. T. Padovani, *op. cit.*, il quale evidenzia che: "Il rilievo cruciale, per chi si occupa di diritto penale, è che il sistema dei controlli amministrativi interni si è da tempo affievolito ed è addirittura scomparso".

⁸ Per una ricognizione del fenomeno, S. Battini, F. De Carolis, *op. cit.*

⁹ D.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

¹⁰ Art. 21 d.l. n. 76/2020, convertito dalla l. n. 120/2020.

dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione, proprio in una fase politica e sociale in cui è in arrivo, da un lato, un forte incremento della spesa pubblica per effetto del *Recovery Plan* e dei fondi allo stesso collegati, dall'altro lato, un'ondata senza precedenti di aiuti di Stato alle imprese, sia come sussidi, sia come ingresso, sia come prestiti bancari con garanzie statali.

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza sottolinea la necessità di attenzione continuativa all'obiettivo di semplificazione per il miglioramento dell'efficacia e della qualità della regolazione, nonché l'esigenza dell'utilizzo sempre più rilevante degli strumenti dell'analisi dell'impatto della regolamentazione e della valutazione sull'impatto della regolamentazione per il controllo preventivo e successivo dell'efficacia della disciplina introdotta. Significativo il passaggio contenuto nel Piano in cui la semplificazione normativa viene ritenuta come "riforma abilitante", ovvero quale presupposto essenziale per la riuscita delle altre riforme fondamentali individuate.

In tale direzione, considerato che la riforma dell'abuso di ufficio è entrata definitivamente a regime con il decreto Semplificazioni del 2020, il Piano preannuncia un intervento normativo sulla responsabilità per danno erariale, originariamente disciplinata in via transitoria fino al 31 dicembre 2021, mediante la previsione di una proroga fino al 2023, con l'effetto di limitarne le ipotesi ai soli casi in cui la produzione del pregiudizio è dolosamente voluta dal soggetto che ha agito, ad esclusione dei danni cagionati da omissione o da inerzia.

Pertanto, l'obiettivo di consolidare la limitazione del controllo sulla discrezionalità amministrativa diventa uno dei pilastri del processo di semplificazione in atto, nella prospettiva di contrastare il fenomeno della imprevedibilità delle decisioni dei giudici, indicato come un fattore di debolezza del sistema, il cui effetto è quello di rallentare o addirittura di frenare lo sviluppo economico¹¹.

2. Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità

Il tema del sindacato del giudice sulla sfera di discrezionalità amministrativa, come già anticipato, non è solo di estrema rilevanza per il giudice penale e per il giudice contabile, ma è un tema tipico della giurisdizione amministrativa, la quale ha

¹¹ S. Rossi, *Controtempo. L'Italia nella crisi mondiale*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 163. A. De Nicola, *Basta sentenze imprevedibili scoraggiano gli investimenti*, in *La Stampa*, 14 febbraio 2021.

elaborato nel tempo un orientamento consolidato che porta a ritenere possibile un sindacato pieno ed effettivo sulla discrezionalità.

Al fine di procedere ad un inquadramento complessivo della questione è opportuno proprio prendere le mosse dal sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità, richiamando l'orientamento sul sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica della p.a., il quale può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì procedendo alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sia sotto il profilo della loro correttezza, sia con riguardo al criterio tecnico ed al relativo procedimento applicativo. Conseguentemente, pur non potendo il giudice sostituirsi ad un potere già esercitato, tuttavia lo stesso è chiamato a "*stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela [del bene giuridico] che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato*"¹². Difatti, «*il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica è finalizzato a verificare se la pubblica amministrazione ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, espresse con il provvedimento censurato. Non è dunque ammesso un "sindacato sostitutivo" ma soltanto quello che è stato definito sindacato di "attendibilità tecnica"*»¹³. Con riguardo alla specifica materia degli appalti, si è affermato che "*il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio della propria attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo. [...] Le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (v., tra le più recenti, Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173; Cons. St., sez. III, 21 novembre 2018, n. 6572). [...] Ne deriva che, come da consolidato indirizzo giurisprudenziale, per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non è*

¹² Cons. Stato, Sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 780; Sez. V, 22 gennaio 2020, n. 532.

¹³ Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2019, n. 2066; 15 luglio 2019, n. 4990.

*sufficiente evidenziarne la mera non divisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto*¹⁴.

3. Il sindacato del giudice penale

A differenza del giudice amministrativo, il giudice penale ha invece un controllo oggettivo sulla discrezionalità, non potendo configurarsi automatismi tra l'illegittimità amministrativa e l'illiceità penale.

Per il giudice penale ciò che rileva è l'uso distorto del potere discrezionale, incentrato sullo sviamento di potere, ritenuto sussistente quando vi è la sola realizzazione di un interesse collidente rispetto a quello protetto dalla norma di riferimento ovvero quando vi è la deviazione dell'atto dallo scopo tipico previsto dalla legge.

Tale concetto prende definitivamente campo con la sentenza della Corte di cassazione, Sezioni unite, del 29 settembre 2011, n. 155, secondo cui deve ritenersi rilevante ai fini della violazione di legge che l'atto di ufficio non sia stato posto in essere nel rispetto delle norme che regolano un'attività ovvero che attribuiscono al pubblico ufficiale il "potere" di compierla.

Per qualsivoglia pubblica funzione autoritativa, si può parlare di esercizio legittimo qualora tale esercizio sia diretto a realizzare lo scopo pubblico in funzione del quale è attribuita la potestà, che del potere costituisce la condizione intrinseca di legalità. Secondo la giurisprudenza nettamente prevalente della Corte di cassazione, si ha violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 c.p., non solo quando la condotta di un qualsivoglia pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito.

Anche in questa ipotesi si realizza un vizio della funzione legale, che è denominato sviamento di potere e che integra violazione di legge, perché sta a significare che la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione¹⁵.

¹⁴ Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058.

¹⁵ In termini analoghi, tra le tante, Cass., Sez. VI, 9 febbraio 1998, n. 5820; 19 maggio 2004, n. 28389; 11 marzo 2005, n. 12196; 18 ottobre 2006, n. 38965; 25 settembre 2009, n. 41402; Sez. V, 16 giugno 2010, n. 35501; Sez. VI, 5 luglio 2011, n. 35597.

La giurisprudenza penale successiva alle Sezioni unite si è conformata al principio indicato, incentrando la valutazione della discrezionalità sulla sussistenza dello sviamento di potere inteso.

Il concetto di sviamento di potere elaborato dalla giurisprudenza penale è il portato dell'ibridazione di categorie tra il diritto penale e il diritto amministrativo, ma nell'ambito dei due ordinamenti lo stesso istituto è destinato ad assumere connotazioni diverse, essendo declinato dalla giurisprudenza con funzioni differenti.

Lo sviamento di potere nell'accezione penalistica integra una vera e propria violazione di legge, giacché si verifica quando il potere non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione, tenendo conto che mai la giurisprudenza penalistica contiene riferimenti all'eccesso di potere.

Si verifica una vera e propria frammentazione di modelli normativi tra l'ambito penale e quello amministrativo, giacché il giudice penale intende lo sviamento di potere come sfruttamento personale dell'ufficio pubblico, e, quindi, in termini diversi dal giudice amministrativo che, invece, lo ha da sempre collocato nell'alveo dell'eccesso di potere.

4. Lo sviamento di potere nella giurisprudenza penale

È in questo contesto che si inserisce la riforma dell'art. 323 c.p. ad opera del decreto Semplificazioni, con l'obiettivo di limitare l'intervento del giudice alla mera attività vincolata. Massima è stata la preoccupazione espressa al riguardo, giacché se dall'ambito di applicazione del reato di abuso di ufficio si esclude il sindacato sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione, mantenendo, invece, la potestà di controllo del giudice penale soltanto rispetto all'attività vincolata, le ipotesi in cui si potrebbe configurare il reato rimarrebbero veramente esigue. Invece, il giudice penale nel valutare l'abuso d'ufficio non può prescindere dal filtro dell'eccesso di potere, inteso nel senso di cattivo uso del potere discrezionale, dovendo verificare la legalità dell'azione amministrativa¹⁶.

Il timore, pertanto, è quello che il reato di abuso di ufficio fosse stato “nei fatti” “depenalizzato”, pur non potendo escludersi che per evitare tale effetto la giurisprudenza potesse andare in direzione opposta, creando “un diritto vivente”

¹⁶ M. Gambardella, Simul stabunt vel simul cadent. *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in www.sistemapenale.it, 29 luglio 2020.

analogo al precedente, mediante la valorizzazione dell'art. 97 Cost. e del principio costituzionale di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, ovvero dell'art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo, n. 241/1990¹⁷.

In effetti, dall'esame delle sentenze che sono intervenute sul tema a quasi un anno dell'emanazione della nuova disciplina, si ricava proprio l'impressione di come la giurisprudenza stia andando in direzione opposta, mediante una sostanziale rimodulazione dello sviamento di potere, in perfetta continuità con il *dictum* delle Sezioni unite del 2011, nonostante il verificarsi del mutamento normativo che ha determinato l'espunzione dall'ambito di rilevanza penale di tutte le condotte dirette al compimento di attività discrezionale.

In particolare, la Corte di cassazione¹⁸ elabora la teoria dei limiti interni ed esterni della discrezionalità, con una marcata finalizzazione penalistica, riservando solo alla violazione dei limiti esterni la concreta configurabilità dello sviamento di potere. In concreto, il reato viene comunque ritenuto sussistente qualora l'esercizio del potere discrezionale trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito.

La nuova disposizione normativa ha dunque un ambito applicativo ben più ristretto rispetto a quello definito con la previgente definizione della modalità della condotta punibile, sottraendo al giudice penale tanto l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario, quanto il sindacato sul merito ovvero sul "cattivo uso" – la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio – della discrezionalità amministrativa, ma non anche quello della violazione dei limiti esterni, come già ricavabili dalla citata pronuncia delle Sezioni unite del 2011.

Il quadro che si delinea è dunque quello secondo cui con l'atto discrezionale viene operata una scelta del mezzo con cui perseguire l'interesse pubblico, indicato dalla norma, nel rispetto delle regole previste per l'esercizio del potere di riferimento, ma ciò che rileva per la giurisprudenza penale è che nell'esercizio del potere discrezionale non solo vi è una scelta del mezzo, ma anche il vincolo insuperabile del

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cass. pen., Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442 (dep. 8 gennaio 2021).

fine, in quanto le pubbliche amministrazioni oltre a rispettare le norme hanno l'obbligo di realizzare l'interesse pubblico a loro affidato¹⁹.

Il diritto vivente ha, pertanto, determinato un significato normativo dell'art. 323 c.p., tale da condurre la recente riforma del reato di abuso di ufficio all'eterogeneità delle fini: l'attività discrezionale che non rientra nel perimetro della norma è solo quella circoscritta dai limiti interni della stessa discrezionalità, ovvero la scelta compiuta nell'esercizio del potere di scelta. In concreto, ciò che non rientra nell'ambito di applicazione della norma è il merito amministrativo ovvero esattamente ciò che il legislatore si era proposto di espungere con la precedente riforma del '97.

5. Il sindacato del giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa

Valicare il limite esterno della discrezionalità non è soltanto fonte di illiceità penale, ma determina anche la responsabilità per danno erariale, sulla base di quanto la giurisprudenza della Corte dei conti ha elaborato al riguardo, con un preciso monito: ovvero che la discrezionalità amministrativa non possa diventare uno strumento di legittimazione per scelte arbitrarie o irragionevoli²⁰. La giurisprudenza contabile è univoca nell'affermare che l'attribuzione di un potere amministrativo discrezionale da parte della legge non implica la creazione di un'area di assoluta libertà decisionale in capo al titolare, ma esige pur sempre che tale potere venga esercitato nel rispetto dei fini per i quali è stato conferito.

Secondo la giurisprudenza contabile si può escludere dal sindacato giurisdizionale unicamente il "merito" amministrativo, ma non la scelta discrezionale nella sua interezza che deve, in ogni caso, rispettare i limiti intrinseci della discrezionalità, ovvero l'interesse pubblico, la causa del potere esercitato, l'osservanza dei precetti di logicità e di imparzialità.

La differenza rispetto all'orientamento espresso dalla giurisprudenza penale risiede soltanto nella diversa impostazione, giacché quello che per i giudici penali è violazione di legge, per i giudici contabili, invece, integra il vizio dell'eccesso di potere.

¹⁹ Cfr., sul principio, B.G. Mattarella, *op. cit.*

²⁰ Cfr., fra le altre, Corte conti, Sez. II centr. app., 8 giugno 2015, n. 296, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2015, fasc. 3-4, 319, con nota di richiami; Sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 7 giugno 2019, n. 76.

Sul punto si annoverano anche svariate pronunce della Corte di cassazione²¹, chiamata ad intervenire in casi di contestazione della giurisdizione della Corte dei conti motivata proprio con riferimento all'insindacabilità delle scelte discrezionali. La Corte di cassazione ha statuito che l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali compiute dai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti non comporta che esse siano sottratte ad ogni possibilità di controllo, e segnatamente a quello della conformità alla legge che regola l'attività amministrativa, con la conseguenza che il giudice contabile non viola i limiti esterni della propria giurisdizione quando accerta la mancanza di tale conformità²².

Infatti, la Corte dei conti può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente, che devono essere ispirati ai criteri di economicità ed efficacia, ex art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241: essi assumono rilevanza sul piano, non già della mera opportunità, ma della legittimità dell'azione amministrativa, e consentono, in sede giurisdizionale, un controllo di ragionevolezza sulle scelte della pubblica amministrazione, onde evitare la deviazione di queste ultime dai fini istituzionali dell'ente e permettere la verifica della completezza dell'istruttoria, della non arbitrarietà e proporzionalità nella ponderazione e scelta degli interessi, nonché della logicità ed adeguatezza della decisione finale rispetto allo scopo da raggiungere²³.

6. Conclusioni

Gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza penale e contabile inducono a ritenere che costituisce un vincolo ontologicamente invalicabile quello del perseguimento del fine indicato dalla norma nell'esercizio dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Lo sviamento di potere, seppur diversamente qualificato dai giudici penali e contabili, è destinato a rappresentare la soglia comune di sbarramento rispetto a qualsivoglia intervento del legislatore sia in relazione alla fattispecie di abuso di ufficio sia alla disciplina della responsabilità per danno erariale, dovendo ritenersi, in ogni caso, incompatibile rispetto al sistema qualsivoglia tentativo

²¹ Tra le ultime, v. Cass., S.U., ord. 20 ottobre 2020, n. 22811, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2020, fasc. 6, 266, con nota di richiami di A.M. Quaglini.

²² Cass., S.U., 10 marzo 2014, n. 5490; 6 marzo 2020, n. 6462, *ibidem*, fasc. 2, 297.

²³ Cass., S.U., 15 marzo 2017, n. 6820, *ivi*, 2017, fasc. 1-2, 617, con nota di richiami; 23 novembre 2018, n. 30419; 1° febbraio 2019, n. 3159; 22 novembre 2019, n. 30527.

di legittimazione di condotte dettate dal perseguimento di fini in contrasto con quelli tipici delle norme da applicare.

Tale assunto, ribadito dalla Corte di cassazione con riferimento alla nuova disciplina dell'art. 323 c.p., vale anche per il cosiddetto "scudo erariale" di prossima estensione temporale fino al 2023, il quale non appare destinato ad incidere sulle ipotesi di sviamento finora trattate, difficilmente configurabili al di fuori dello schema del dolo con prefigurazione dell'evento.

Rimarrebbe fuori dall'ambito della responsabilità per danno erariale, nell'ambito del sindacato sull'attività discrezionale, lo sviamento colposo non derivante da omissione, ma l'evenienza della configurazione di tale fattispecie appare, invero, marginale.

Naturalmente, sarebbe impossibile pretendere di preservare dall'incriminazione i decisori chiamati ad esercitare il potere discrezionale, i quali, in violazione del principio di uguaglianza, si potrebbero trovare nella condizione di recare i vantaggi e i danni ingiusti in cui si esprime l'evento lesivo, godendo di una sostanziale area di impunità²⁴.

Tuttavia, non è difficile ipotizzare le difficoltà valutative che potrebbero presentarsi al giudice penale o al giudice contabile in talune ipotesi collocabili in una sostanziale zona grigia, come le valutazioni amministrative ovvero le scelte effettuate tra più situazioni compatibili con il dato normativo. L'attività di interpretazione normativa oppure quella di individuare il modo migliore per assicurare il soddisfacimento dell'interesse pubblico pongono il problema delle modalità di esercizio della scelta, nonché dei criteri cui deve attenersi chi la compie. In tal caso, non è auspicabile che si ravvisino forme di responsabilità, giacché trattasi, comunque, di esercizio di attività amministrativa di tipo discrezionale, rilevando come spesso ci si imbatte in situazioni in cui è difficile, e talvolta impossibile, distinguere a priori la soluzione giusta da quella sbagliata. Rimane naturalmente il vincolo del fine anche nell'esercizio di siffatta attività, alla stregua di quanto previsto in generale per le attività discrezionali.

In definitiva, per la natura degli interessi coinvolti, non era difficile immaginare che l'intervento legislativo sul controllo giudiziale in materia di attività discrezionale della pubblica amministrazione concepito nel decreto Semplificazioni potesse determinare un cortocircuito tra la più tradizionale legalità della legge e la legalità

²⁴ Evidenzia tale pericolo T. Padovani, *op. cit.*

effettuale. Nella fase delle ineludibili riforme tracciate dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, tuttavia, occorrerà tener conto che la rilevata necessità di rafforzare gli interventi di semplificazione non potrà essere svolta assecondando il fenomeno in atto di sostanziale dequotazione della legalità formale, ma sarà necessario l'utilizzo di strumenti normativi idonei per assicurare al meglio la determinatezza delle scelte che il legislatore intenderà compiere.